**HUGO DANIEL DA CUNHA LANÇA SILVA**

Apreciação da dissertação de Doutoramento do Mestre Hugo Daniel da Cunha Lança Silva, intitulada “A regu-lação dos conteúdos disponíveis na Internet. A impera-tividade de proteger as crianças”.

Cristina M. M. Queiroz

**Faculdade de Direito**

**Universidade do Porto**

**2015**

**SUMÁRIO**

I. Currículo Académico

II. Dissertação

A) Metodologia e estrutura

B) A Sociedade da Comunicação e Informação

C) A questão da regulação

D) O princípio da neutralidade

III. O discurso e o estilo

IV. Apreciação final

**I. Currículo Académico**

O Mestre Hugo Daniel da Cunha Lança Silva é do-cente do Instituto Politécnico de Beja, onde tem regido as disciplinas de Direito da Família e Direito Comercial.

Das comunicações e principais publicações, constantes do *curriculum vitae* apresentado, denota-se a preocupação de investigação de temas relacionados com o Direito das Crianças, Direito da Família, Violência Doméstica, Co-mércio Electrónico e o chamado Direito da Sociedade da Comunicação e Informação.

Temas, que se correlacionados, integram a presente dissertação de Doutoramento.

**II.** **Dissertação**

*A) Metodologia e estrutura*

O conteúdo científico e programático desta dissertação centra-se na necessidade de procurar um “novo” paradi-gma no que concerne à contextualização do Direito das Crianças face ao mundo da Sociedade da Comunicação e Informação e os riscos que esta potencialmente acarreta no desenvolvimento da infância.

Um tema que é transversal. E que conleva, por isso mesmo, o apelo a uma metodologia interdisciplinar.

A tese estrutura-se em quatro partes. Na primeira parte procede-se ao enquadramento histórico e sociológico do aparecimento da Internet e da Sociedade da Comunicação e Informação, com o correspondente impacto nas relações sociais e políticas, a necessitar de uma normativização, ponderada e consensual.

Na segunda parte da dissertação o candidato analisa a questão da “protecção da criança”, propondo um novo mo-delo de interpretação da menoridade, numa estrita relação de equilíbrio entre dois princípios considerados fundamen-tais, a saber: o princípio da autonomia e capacidade de au-to-determinação do menor e o princípio da responsabi-lidade parental.

Na terceira parte da estrutura proposta regressa-se ao mundo da Internet e da Sociedade da Comunicação e In-formação para se questionar, primeiro, o problema da re-gulação ou da não regulação, concluindo pela co-regu-lação, pública e privada, tendo como pano de fundo o plu-ralismo de expressão e formas de vida.

A quarta e última parte desta dissertação centra-se na tomada de posição e opções do candidato quanto à tríade pragmática, objecto da sua investigação: a responsabili-dade dos pais, a responsabilidade dos prestadores de ser-viços na Internet, a responsabilidade dos fornecedores de conteúdos, e, por último, a responsabilidade do Estado.

*B) A Sociedade da Comunicação e Informação*

1. A emergência da Internet e o seu enorme potencial, conjuntamente com outras formas de comunicação, decor-rentes da nova revolução tecnológica e comunicacional, deve promover a liberdade e o bem-estar social. Uma concepção de liberdade que impregna o Direito das Fa-mílias (no plural) e também das crianças. E, ainda, o pró-prio conceito de sociabilidade. No limite, o próprio con-ceito de “democracia”.

A emergência deste “universo comunicativo” coloca “novos” problemas e “novos” desafios que importa, pri-meiro, enumerar, depois, dissecar e analisar, e, por último, contribuir para uma solução razoável e equilibrada dos mesmos.

Enumero algumas dessas questões, tal como por mim foram lidas e interpretadas:

(a) Antes de mais, a garantia dos direitos de autono-mia, privacidade e personalidade (: os chamados “novos” direitos, na terminologia norte-americana).

(b) Mas também as desigualdades de acesso às novas tecnologias de comunicação e informação, o chamado “di-gital divide”, que não apenas “inclui” como também “ex-clui”.

Dito de outro modo, a questão da divisão entre os que acedem e os que ficam excluídos das novas auto-estradas da comunicação e informação. E que pode provocar uma alteração no conceito de “cidadania”, democrática, enten-da-se, podendo transformar o cidadão num mero “consu-midor” à mercê de um gigantesco mercado de prestadores de serviços, fornecedores de conteúdos e empresas priva-das de radiodifusão, telecomunicação e agências de pu-blicidade. Um mercado, mais privado do que público, em suma.

Um contexto e um panorama onde confluem e se en-trecruzam vários direitos. E, designadamente, a liberdade de expressão e de acesso à Internet e redes telemáticas face aos direitos de propriedade e a liberdade contratual. E que se traduz, por último, num crescimento exponencial do denominado “espaço público” no sentido habermasiano e comum do termo.

2. Assim, no que concerne ao desenvolvimento das crianças, pergunta-se:

(a) O aparecimento da nova sociedade da comunicação e informação alterou o conceito “tradicional” de família?

(b) A criança, que passa de objecto a sujeito de direi-tos[[1]](#footnote-1), goza de um direito geral de acesso à rede telemática? Exposta a experiências, conteúdos, argumentos ou ima-gens não planeadas e não queridas?

(c) Deve o Estado e os poderes públicos regular, do ponto de vista civil e criminal, a conduta dos cidadãos, novas empresas e mercados que actuam no chamado “Ci-berespaço”?

(d) Existe uma responsabilidade “social” das empre-sas? Com diferenciação entre *responsability* (: responsabi-lidade no processo de tomada das decisões) e *accounta-bility* (: responsabilidade no sentido de “prestação de con-tas”)? E num grupo transnacional quem assume essa res-ponsabilidade?

(e) E, ainda, existe responsabilidade “penal” por parte das empresas e pessoas colectivas? Aceite em França e no Reino Unido, mas recusada, por exempo, na Alemanha.

(f) E o que fazer com a liberdade de expressão? E, em particular, a liberdade de expressão anónima? Deve a li-berdade de expressão ser passível de “censura”, e, como tal, “restringida”? Ou somente em casos verdadeiramente “excepcionais”? Por exemplo, no chamado “discurso do ódio” (*hate speech*). Pode este ser contrapesado face ao dano que pode causar?[[2]](#footnote-2)

(g) E se se tratar de uma “restrição de conteúdo” (*con-tent-based*), deve esta ser contextualizada face ao *tempo*, *lugar* e *modo* do exercício da expressão?

(h) Como se define um “bem público”? Através de escolhas individuais ou colectivas? Ou através do binómio divisibilidade/indivisibilidade, isto é, “não exclusividade” de fruição e de gozo?

(i) Quem são, afinal, os novos intermediários ou me-diadores do interesse geral?

(j) O que deverá entender-se por “regulação”?

*C) A questão da regulação*

1. Quanto a esta última interrogação, a questão não é a de saber se devemos optar entre a existência ou não exis-tência de regulação, mas antes a de analisar qual o *tipo* de regulação necessária e adequada.

E o problema não passa por um sistema de regulação da liberdade de expressão, constitucionalmente inadmissí-vel. Engloba ainda a questão do actual *status* das licenças nas grandes empresas de radiodifusão e comunicação.

E aqui gostaria de sublinhar a posição defendida por Cass R. SUNSTEIN[[3]](#footnote-3): os direitos reconhecidos pela Cons-tituição, incluindo os direitos de propriedade e a liberdade contratual, apresentam-se como a quinta-essência de um modelo de regulação pública. Os direitos são a base da “soberania”. Criam “poder”, mas também “limitam” o poder. São, numa palavra, uma forma de “divisão” (: ver-tical) do poder.

E ao Estado e aos poderes públicos incubem alguns “deveres” ou “obrigações”, inclusive, jurídicos. Designa-damente, uma obrigação de respeito, de defesa, de protec-ção e promoção de direitos. Como sejam o direito à re-serva da intimidade da vida privada e familiar, o desen-volvimento da personalidade, incluindo o da criança[[4]](#footnote-4), a protecção da infância[[5]](#footnote-5) e de auxílio prestacional às famí-lias[[6]](#footnote-6).

3. O Ciberespaço não é, pois, um domínio a-jurídico ou isento de regulação. O sistema de direitos na Internet (: o “instrumento”) e no Ciberespaço (: o “fórum operacio-nal”), em princípio, não é um “aliud” face a outros siste-mas de direitos, mormente os de natureza constitucional e legal.

Mas a Internet e o Ciberespaço apresentam uma com-plexidade e contextualização altamente problemática. Uma complexidade e contextualização que inclui, ainda, um sis-tema de monotorização (e/ou de policiamento) privado, com capacidade tecnológica para excluir os outros. Veja-se, a propósito, os casos, paradigmáticos, de empresas co-mo o Google, Facebook, Amazon.com, e outras.

4. A esta luz, não existem aqui “auto-interesses es-clarecidos”, “constituições digitais”[[7]](#footnote-7) ou mundos de “lais-sez faire”. Antes a necessidade de se defender e promover *políticas públicas*, nalguns casos já com consagração constitucional[[8]](#footnote-8).

Quer dizer, o mundo dos direitos, e, em particular, dos direitos constitucionais, cria uma arquitectura de “equilí-brio” entre diversos interesses e bens jurídicos que importa preservar. E, no limite, garantir e promover.

E é aqui que entra em liça a questão da regulação das condutas. E, em particular, da conduta ilícita. Devem a obscenidade e a pornografia ser criminalizadas? O abuso sexual de menores, a violência doméstica, o ciberterroris-mo e os cibercrimes? A fraude, a difamação, a violação dos direitos de autor e da propriedade intelectual? Pelo recurso ao ilícito civil ou ao ilícito criminal?

Convenhamos que há necessidade de traçar linhas de direcção e de orientação, *políticas públicas*, em suma. E que competem, essencialmente, ao *processo político de-mocrático*.

*D) O princípio da neutralidade*

1. A presente dissertação tem por objecto a “regulação dos conteúdos” disponíveis na Internet. E, em particular, a “protecção das crianças” face aos conteúdos nocivos dis-poníveis na Internet.

E essa regulação, vista de uma perspectiva mais glo-bal, não é “neutra” perante princípios e valores. A própria “constituição” deve ser compreendida como um “projecto político”. Inacabado, é certo. É essa a herança do Iluminis-mo, do Século das Luzes, mas também das revoluções in-glesa, norte-americana e francesa.

E se se trata de uma “regulação de conteúdos” (*con-tent-based*) há naturalmente escolhas e decisões a tomar. Estas, indiscutivelmente, num Estado de Direito democrá-tico e livre, pertencem ao *processo político*. A nível do *poder constituinte* e dos *poderes constituídos*.

Mas se há lugar a regulação, e se esta corresponde a escolhas e decisões político-públicas, existe o perigo de violar o princípio da neutralidade. O pluralismo de expres-são e formas de vida, em suma. E quem não tem oportu-nidade de participar, acaba por ser excluído. E se há ex-clusão há também privação da liberdade.

2. E se integrarmos todas estas questões e interro-gações no mundo do mercado da radiodifusão e da comu-nicação, então, o problema da regulação dos diferentes di-reitos e interesses em presença torna-se altamente rele-vante e precípuo. E, nesses precisos termos, também, pro-blemático.

A título meramente exemplificativo: devem os grandes meios de comunicação, v. g., a rádio e a televisão, excluir determinados pontos de vista ou perspectivas, de natureza política ou outras? Veja-se o caso, actualmente em discus-são, da radiodifusão e comercialização pela UFA (*Univer-sum Film AG*) dos antigos filmes de propaganda Nazi[[9]](#footnote-9).

Devem os grandes meios de comunicação, mais uma vez, entre outros, a rádio e a televisão, desenvolver pro-gramas educativos dirigidos às crianças ou cobrir “ques-tões de interesse público” não lucrativas ou não dispo-níveis para o mercado comercial da radiodifusão, aí incluídas as agências de publicidade?

De recordar, ainda, o caso, julgado recentemente pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, reconhecedor de um “direito ao esquecimento” (: eliminação e destruição de dados) face a um gigante de prestação de serviços e for-necedor de conteúdos: a multinacional Google[[10]](#footnote-10).

Ou, mais recentemente, o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) que invalidou o cha-mado “Digital Data Pact”, negociado entre a Comissão Europeia e as autoridades competentes dos Estados Uni-dos, por carência de protecção adequada de dados de na-tureza pessoal[[11]](#footnote-11).

**III. O discurso e o estilo**

1. Gostaria, por último, de fazer uma referência ao dis-curso e ao estilo do candidato.

Louva-se, antes de mais, a escolha do tema pela sua actualidade e relevância.

Mas numa dissertação de Doutoramento deve-se e-vitar, tanto quanto possível, o recurso a experiências e estados de alma meramente pessoais. E o recurso a hi-pérboles. A linguagem, o discurso científico, devem ser conceptuais (: as regras do discurso), estritos e rigorosos. Dirige-se a um auditório: antes de mais, o Júri das provas (: auditório particular), mas também o público esclarecido, a comunidade científica, em geral.

2. Não divirjo das opções e posições assumidas nesta dissertação pelo candidato. Mas no que concerne à lingua-gem conceptual, nalguns casos sim. Por exemplo, a utili-zação de conceitos como a “crise do Estado”, a “crise da legitimidade”, “moral/moralidade” (tradicional, conven-cional ou crítica?), sem explicitação dos termos e parâme-tro de referência. Noutros casos, por simples demonstra-ção de erudição, sem escavar os respectivos alicerces e projectar as eventuais consequências jurídicas e sociais.

3. E ainda a opção de em larga medida deixar as questões dogmáticas por resolver para longas notas de pé de página. Teria preferido que essas questões, as hipóteses e problemas que conleva e levanta, tivessem sido objecto de análise e sistematização no corpo da dissertação.

Ao cabo e ao resto, que tivesse reservado para as notas de pé de página a “fonte” dos textos. *Brevitatis causa*, a inter-textualidade.

Também, neste aspecto, a liberdade do discurso deveria estar presente na Academia.

Esta é, igualmente, uma questão de “Sein und Zeit”, de “ser” e de “estar”. E, sobretudo, de (bem) “estar no tempo”.

**IV. Apreciação final**

Louva-se a escolha do tema pela sua actualidade e re-levância.

A bibliografia mostra-se tendencialmente completa e adequada a este tipo de provas.

Independentemente do discurso e do estilo, uma opção livre do candidato, a presente dissertação demonstra, pri-meiro, a capacidade de escolha de um tema. Depois, a capacidade de o desenvolver com pertinência e objecti-vidade. Incluindo a capacidade de análise e sistema-tização, espelhadas na metodologia e estrutura propostas.

Ao candidato, resta-me desejar-lhe as maiores fe-licidades e êxito na realização destas provas.

Muito Obrigada.

Porto, 28 de Outubro de 2015.

Cristina M. M. Queiroz

1. Com a entrada em vigor na ordem internacional da “Convenção dos Direitos da Criança”, a 2 de Setembro de 1990. [↑](#footnote-ref-1)
2. Para maior desenvolvimento, advogando restrições “excepcionais” à liberdade de expressão, em caso de incitação ao ódio, que cause danos irreparáveis, JEREMY WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2012. [↑](#footnote-ref-2)
3. CASS R. SUNSTEIN, *Republic com*, Princeton: Princeton University Press, 2001, pp. 128 ss. [↑](#footnote-ref-3)
4. Cfr., artigo 26º/1 da Constituição, que inclui ainda um “direito à protecção legal” “contra quaisquer formas de discriminação”. [↑](#footnote-ref-4)
5. Cfr., artigo 69º da CRP. [↑](#footnote-ref-5)
6. Cfr., artigos 67º e 68º da CRP. [↑](#footnote-ref-6)
7. Na terminologia de GUNTHER TEUBNER, *Verfassungsfragmente. Gesells-chaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Berlim, 2012, entre outros. [↑](#footnote-ref-7)
8. Como, por exemplo, o disposto no artigo 35º da Constituição, sob a epígrafe de “utilização da informática”. Para maior desenvolvimento, do ponto de vista da pro-tecção constitucional da recolha e tratamento de dados pessoais automatizados, CRIS-TINA QUEiROZ, *A protecção constitucional da recolha e tratamento de dados pes-soais automatizados*, in: “Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles ― 90 Anos”, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: Almedina, 2007, pp. 291 ss. [↑](#footnote-ref-8)
9. A este propósito, leia-se, com proveito, o estudo de FRANCINE PROSE, *Nazi Propaganda: Out of the Cage*, in: “New York Review of Books”, de 12 de Junho de 2015. [↑](#footnote-ref-9)
10. Cfr., Acórdão do TJUE, Grande Secção, de 13 de Março de 2014 (Processo C-131/12*, Google Spain, SL, Google Inc. vs. Agência Espanhola de Protecção de Dados e Mario Costeja González*). [↑](#footnote-ref-10)
11. Cfr., Acórdão do TJUE, Grande Secção, de 6 de Outubro de 2015 (Processo C-362/14*, Maximilian Schrems v. Autoridade de Protecção de Dados, com intervenção do Digital Rights Irland, Ltd).*  [↑](#footnote-ref-11)